

WYROK

z dnia 4 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 grudnia 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2019 r. przez wykonawcę **M. Sz., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa "Wiktor" M. Sz. z siedzibą w Sieroszewicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim**

przy udziale wykonawcy **B. C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wydobywanie Kruszywa, Usługi Budowlane, Handel Materiałami Budowlanymi C. B. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. Sz., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa "Wiktor" M. Sz. z siedzibą w Sieroszewicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. Sz., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa "Wiktor" M. Sz. z siedzibą w Sieroszewicach, tytułem wpisu od odwołania.**
- 3. Oddala wniosek zamawiającego Miejskiego Zarządu Dróg z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim oraz wykonawcy B. C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wydobywanie Kruszywa, Usługi Budowlane, Handel Materiałami Budowlanymi**

C. B. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim
o zasądzenie kosztów, odpowiednio strony i uczestnika postępowania odwoławczego,
poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Kaliszu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Dróg w Ostrowie Wielkopolskim, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zimowe utrzymanie ulic gminnych i powiatowych na terenie miasta Ostrowa Wielkopolskiego w sezonie 2019/2020*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 września 2019 r. pod numerem 602246-N-2019.

W dniu 19 listopada 2019 r. wykonawca M. Sz., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa "Wiktor" M. Sz. z siedzibą w Sieroszewicach, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy B. C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wydobywanie Kruszywa, Usługi Budowlane, Handel Materiałami Budowlanymi C. B. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, dalej „B. C.”, gdyż przedstawione dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków zdolności technicznej i zawodowej;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia B. C. z postępowania oraz odrzucenia jego oferty;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty B. C. zawierającej rażąco niską cenę;
4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez wadliwe dokonanie wyboru oferty B. C..

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty B. C., wykluczenie ww. wykonawcy z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazywał, że wykonawca B. C. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w postaci realizacji usługi podobnej do będącej przedmiotem zamówienia, przez co należałoby rozumieć usługę zimowego utrzymania dróg na terenie miasta powyżej 50 000 mieszkańców, przez okres jednego sezonu zimowego o wartości minimum 300 000 zł brutto.

Z przedłożonego przez wykonawcę B. C. poświadczenia należytego wykonania zamówienia wynika, że zrealizował on usługę dla Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu na podstawie trzech różnych umów, a nie jednej. Nadto, żadna pojedyncza umowa nie przekroczyła kwoty 300 000 zł, a przedmiot usługi dla drogi wojewódzkiej nr 11, 25, 444 i 445 znajdował się w ok. 90% poza terenem miejskim, natomiast jedna z części w ogóle nie leży na terenie miejskim. Następnie, Odwołujący podnosił, że wartość podana w poświadczeniu różni się od wartości wskazanej w ogłoszeniu o udzielenie zamówienia i nie stanowi też kwoty wynagrodzenia, jakie wypłacił zamawiający. Odwołujący domagał się uszczegółowienia referencji o kwotę rzeczywiście wypłaconego wynagrodzenia.

Odwołujący stwierdzał także, że poświadczenie nie zostało wystawione przez organizatora przetargu, tylko jego jednostkę, a nie wiadomo czy jest ona umocowana do wydawania takiego dokumentu, skoro nie była stroną umowy. Dalej, podkreślał, że umowa z Wielkopolskim Zarządem Dróg Wojewódzkich w Poznaniu nie obejmowała usługi samodzielnego dyżuru, zatem wykonawca B. C. nie posiada doświadczenia w powyższym zakresie. Jednocześnie zauważał, że wykonawca B. C. był wzywany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W opinii Odwołującego złożone wyjaśnienia nie mogą stanowić dowodu na brak rażąco niskiej ceny.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca B. C., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wydobywanie Kruszywa, Usługi Budowlane, Handel Materiałami Budowlanymi C. B. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, dalej także „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i podnosząc, że spełnia wymagane warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, co wynika z przedłożonych referencji. Podkreślał, iż poświadczenia udzielił podmiot uprawniony, a przepisy prawa nie określają treści ww. dokumentu. Zaznaczał, że Zamawiający nie wymagał, aby informacja posiadania doświadczenia w samodzielnej realizacji dyżuru miała wynikać z treści referencji. W dalszej części wskazywał, iż referencje dotyczą postępowania, które obejmowało również swym zasięgiem Miasto Ostrów Wielkopolski, które w latach 2018 i 2019 zamieszkiwało ponad 72 000 mieszkańców.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia

o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odpowiedzi na pytania wykonawców, oferty Przystępującego, wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, dokumentów przedłożonych na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 3 grudnia 2019 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z Rozdziałem II pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, przedmiotem zamówienia jest zimowe utrzymanie ulic gminnych i powiatowych na terenie miasta Ostrowa Wielkopolskiego w sezonie 2019/2020.

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 2 lit. c) SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. *wykonawca musi wykazać, że posiada doświadczenie zawodowe niezbędne do wykonania zamówienia tj.: wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie) usługę o podobnym charakterze do przedmiotu niniejszego zamówienia. Przez usługę o podobnym charakterze należy rozumieć kompleksową realizację usługi zimowego utrzymania dróg na terenie miasta powyżej 50 tys. mieszkańców, przez okres jednego sezonu zimowego (min. wartość zamówienia 300 tys. zł brutto), z podaniem jej rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania i podmiotu, na rzecz którego usługa ta została wykonana oraz załączy dokumenty potwierdzające, że usługa ta została wykonana zgodnie z przepisami prawa i prawidłowo ukończona.*

UWAGA!

Na podstawie art. 36 a ust. 2 pkt 1 ustawy PZP Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia, w zakresie organizacji i nadzoru (dyżurny akcji zimowej) oraz organizacji i utrzymania zaplecza akcji zimowej.

Stosownie do Rozdziału V pkt 1 SIWZ Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu: *wykaz usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy usługi te zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty*

wystawione przez podmiot na rzecz którego usługi były wykonane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne dokumenty — załącznik do SIWZ.

W postępowaniu złożono dwie oferty. Odwołujący za realizację zamówienia zaproponował cenę 505 510,20 zł. Przystępujący zaproponował cenę 371 844 zł. Zamawiający zadeklarował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1 000 000 zł brutto. W pozostałym kryterium (warunki płatności) wykonawcy wskazali 30 dni.

Zamawiający pismem z dnia 10 października 2019 r. wezwał wykonawcę B. C. do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Pismem z dnia 14 października 2019 r. ww. wykonawca udzielił odpowiedzi wskazując, że przede wszystkim posiada własną żwirownię i piaskownię, co powoduje, że nie ponosi kosztów zakupu materiałów. Dodatkowo poczynił w 2018 r. zakup znacznej ilości soli, która tylko w części została wykorzystana w sezonie zimowym. Posiada również od lat stałą dostawcę paliw, od którego otrzymuje znaczne rabaty cenowe. Wykorzystuje własny sprzęt, plac oraz zaplecze warsztatowe, a sporządzona kalkulacja zawiera koszty robocizny, uwzględniające wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę, koszt obsługi łączności GPS, energii oraz zysk.

Pismem z dnia 15 października 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę B. C. do złożenia w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp stosownych dokumentów. Przystępujący pismem z dnia 21 października 2019 r. przedłożył m.in. wykaz usług, z których wynika, iż zrealizował na rzecz Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu Rejon Dróg Wojewódzkich w Ostrowie Wielkopolskim usługę zimowego utrzymania dróg nr 444, 445, była DK 11 i 25 o łącznej długości 78 204 km i wartości brutto 623 322 zł.

Następnie, Zamawiający pismem z dnia 28 października 2019 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcę B. C. do złożenia wykazu usług wraz z referencjami, bowiem w ocenie Zamawiającego przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Wykonawca w wyznaczonym terminie przekazał uzupełniony wykaz o te same usługi, wyjaśniając jednocześnie że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Dnia 14 listopada 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy B. C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wydobywanie Kruszywa, Usługi Budowlane, Handel Materiałami Budowlanymi C. B. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Spór sprowadzał się przede wszystkim do ustalenie czy Odwołujący słusznie utożsamiał rozumienie pojęcia „usługi” z pojęciem „umowy”. Izba ustaliła, że takie wnioskowanie nie znajduje oparcia w postanowieniach SIWZ i w kontekście przedmiotowego postępowania stanowiłoby niedozwoloną modyfikację warunku udziału w postępowaniu na etapie badania i oceny ofert.

Zamawiający w rozdziale dotyczącym warunków udziału w postępowaniu posługuje się sformułowaniem „usługi”, niemniej nie definiuje, ani nie precyzuje tego pojęcia. Zamawiający nie przyjął na potrzeby postępowania definicji pojęcia usługi jako wykonania zadania na podstawie jednej umowy, jednego zamówienia czy też jednego projektu. Jeśli zatem takiego zastrzeżenia nie było, zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert zaostriżyć wymagań, a wszelkie nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków wobec podmiotów uczestniczących w przetargu.

Interpretacji pojęcia „usługa” należy dokonywać w kontekście konkretnego zamówienia i brzmienia SIWZ. Skoro nie istnieje odgórna dyrektywa nakazująca uznawanie usługi za jedną umowę, zasadne jest przyjęcie, że usługą może być całość działań dotyczących pewnego obszaru i w ramach tak rozumianego pojęcia można było ją wykonać na podstawie kilku umów. Ponadto, pojęcie usługi wyrażone w ustawie Pzp nie odnosi się do jednej umowy, bowiem art. 2 pkt 10) ustawy Pzp wskazuje na aspekt przedmiotowy. Zgodnie z tym przepisem przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy.

Wymaga również podkreślenia, że warunek udziału w postępowaniu winien odnosić się do obiektywnych walorów wykonawcy, potwierdzających jego zdolność do realizacji zamówienia. To zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, formułuje warunki udziału w postępowaniu, celem wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy.

W ocenie Izby ograniczenie jednej usługi do jednej umowy nie wydaje się właściwe, skoro celem winna być możliwość zweryfikowania jakie prace wykonawca wykonywał i w jaki sposób sobie z nimi poradził.

Reasumując, Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym wykazywane przez Przystępującego trzy umowy można potraktować jako jedno przedsięwzięcie stanowiące pewną całość, które było realizowane z zachowaniem jednolitości i ciągłości miejsca i czasu oraz na rzecz jednego zamawiającego.

Odnosząc się do wartości prac, Izba również nie znalazła podstaw, aby przychylić się do twierdzeń Odwołującego. Po pierwsze, Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu w piśmie z dnia 14 listopada 2019 r., adresowym do pełnomocnika Odwołującego, znajdującym się w aktach postępowania odwoławczego, wprost wskazał, iż wartość usług podana w poświadczeniu należytego wykonania zamówienia stanowi sumę wynagrodzenia kosztorysowego wykonawcy w ramach trzech umów (623 322 zł brutto), natomiast suma wypłaconego wykonawcy wynagrodzenia w ramach wszystkich trzech umów wynosi 374 747, 29 zł brutto. Po drugie, niezależnie czy pod uwagę będzie brana kwota znajdująca się na poświadczeniu, czy też wartość faktycznie wypłaconego wynagrodzenia, każda z nich mieści się w wymogach Zamawiającego, bowiem łącznie przewyższa 300 000 zł.

W odniesieniu zaś do usługi na terenie miasta powyżej 50 000 mieszkańców, Izba wskazuje, że skoro wykonawca B. C. realizował jedną usługę, która swoim zasięgiem obejmowała miasto Ostrów Wielkopolski, który bezspornie jest miastem powyżej 50 000 mieszkańców, to został spełniony warunek udziału w postępowaniu w powyższym zakresie. Jak już wskazano, za jedną usługę w przedmiotowym postępowaniu należy uznać całość świadczenia dla zamawiającego, niezależnie od liczby zawartych umów. Samo wykonanie trzech umów w rzeczywistości niczym by się nie różniło od wykonania usługi zleconej na podstawie jednej umowy. Zatem, usługa, w skład której wchodzi utrzymanie dróg na terenie miejskim spełnia warunek określony w SWIZ.

Dodatkowo, Izba wskazuje, że zgodnie z §2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat

wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zatem, podstawowym dokumentem potwierdzającym doświadczenie wykonawcy jest wykaz usług zawierający informacje określone w ww. przepisie rozporządzenia. Natomiast załącznikiem do tego dokumentu są referencje, których rolą jest jedynie potwierdzenie, że zamówienie, na które powołuje się wykonawca zostało zrealizowane (jest realizowane) należycie. Referencje, jako dokument nie pochodzący od wykonawcy, który się na nie powołuje, nie mają określonego kształtu, czy też treści i nie muszą potwierdzać okoliczności innych niż należyte wykonanie (wykonywanie) zamówienia, w szczególności nie muszą zawierać kwot wypłaconego wynagrodzenia, tak jak życzyłby sobie tego Odwołujący.

Dalej, Izba wskazuje, że ustawodawca nie wskazał konkretnych podmiotów, które są uprawnione do wystawienia referencji, tym bardziej że dokument ten stanowi oświadczenie wiedzy. Przepisy prawa określają jedynie, że referencje, bądź inne dokumenty, mają być wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane. Zresztą, jak słusznie zauważył Przystępujący, Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu w piśmie z dnia 14 listopada 2019 r., adresowym do pełnomocnika Odwołującego, znajdującym się w aktach postępowania odwoławczego, wprost wskazał, iż to Kierownik Rejonu Dróg Wojewódzkich w Ostrowie Wielkopolskim jest osobą właściwą do wystawiania referencji (bowiem do niego należał nadzór nad wykonaniem umowy) i to on potwierdził należyte wykonanie zamówienia przez Przystępującego.

Co do nieobjęcia przez umowę z Wielkopolskim Zarządem Dróg Wojewódzkich w Poznaniu usługi samodzielnego dyżuru, należy podkreślić, że opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu winien być interpretowany w sposób ścisły. Izba ustaliła, że uwaga znajdująca się pod warunkiem udziału w postępowaniu w Rozdziale IV pkt 2 lit c) SIWZ dotyczyła obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia, w zakresie organizacji i nadzoru (dyżurny akcji zimowej) oraz organizacji i utrzymania zaplecza akcji zimowej. Natomiast sam warunek nie odnosił się do doświadczenia w samodzielnej

realizacji dyżuru. Zamawiający nie postawił warunku w powyższym zakresie. Rzeczywiście powyższy wymóg dość niefortunnie znalazł się w Rozdziale IV, który nie dotyczy podwykonawstwa i osobistego obowiązku wykonania kluczowych części zamówienia. Niemniej nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego jakoby wykonawcy winni wykazać się posiadaniem doświadczenia w samodzielnej realizacji dyżuru.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp. Przystępujący potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu wykonaniem usługi i nie ma znaczenia w niniejszym stanie faktycznym, że została ona zrealizowana w ramach kilku umów; tak jak nie ma znaczenia, że nie cały obszar był realizowany na terenie miasta powyżej 50 000 mieszkańców.

Nie można też przypisać Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem przepis ten nie ma zastosowania w przetargu nieograniczonym. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzuceniu podlega oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Zastosowanie tej przesłanki ma związek z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Jednak te dwie regulacje należy odnieść do dwóch różnych sytuacji. Art. 24 ust. 4 ustawy Pzp dotyczy co do zasady postępowań jednoetapowych, gdzie wykonawcy, składając ofertę, nie wiedzą, że zostaną wykluczeni z postępowania. Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do szerszego kręgu wykonawców, tj. także do tych, którzy składają oferty pomimo tego, że zostali już poinformowani o wykluczeniu z postępowania. Ponadto odrzuceniu podlegają oferty złożone przez każdego wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Taka sytuacja będzie miała miejsce tylko w postępowaniu, w którym zamawiający przewidział etap poprzedzający zaproszenie do złożenia ofert, np. składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji oferta złożona przez wykonawcę niezaproszonego podlega odrzuceniu.

Odnosząc się zaś do zarzutu sformułowanego w *petitum* odwołania, a dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, należy wskazać, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym powszechnie przyjmuje się, że przez te zarzuty należy rozumieć zawarte w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przez zamawiającego określonych przepisów ustawy Pzp. O ile wskazanie zarzucanych przepisów nie jest bez znaczenia, o tyle dla skuteczności zarzutu kluczowe znaczenie ma sprecyzowanie, na czym polega ich naruszenie w konkretnym przypadku, co wymaga dostatecznie szczegółowego opisu działania lub zaniechania zamawiającego. Izba stwierdziła, że zarzut sprowadzający się do ogólnikowego wskazania w uzasadnieniu, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie

mogą stanowić dowodu na brak rażąco niskiej ceny, podlega oddaleniu. Na podstawie tak sprecyzowanego zarzutu nie sposób stwierdzić na jakiej podstawie Odwołujący przypuszcza, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Samo zaś powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Pzp nie tworzy zarzutu, który powinien zostać dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Dodatkowo, nieuprawnione jest rozszerzanie zarzutu dopiero na rozprawie przed Izbą, jak to czynił Odwołujący.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego, co do zasądzenia na jego rzecz kosztów postępowania tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. Zgodnie z §5 ust. 1 i 3 ww. rozporządzenia taki zwrot kosztów przystępującemu przysługuje tylko w dwóch sytuacjach i, które to sytuacje dotyczą wyłącznie przystąpienia po stronie zamawiającego. W pierwszym przypadku, jeżeli postępowanie odwoławcze zostało umorzone, a odwołujący cofnął odwołanie po otwarciu rozprawy, a w drugim, gdy nastąpiło odrzucenie albo oddalenie odwołania, jednakże tylko wówczas, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego (przystępujący), wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W niniejszym stanie faktycznym żadna z powyższych sytuacji nie zaistniała.

Izba nie zasądziła również od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwoty 3.600 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego. Jak wynika z §3 pkt 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia warunkiem zasądzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika było złożenie rachunku. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 900) oraz rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (t.j. Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.). Pełnomocnik zamawiającego nie złożył w trakcie rozprawy żadnego dokumentu, który

odpowiadałby ww. wymogom. Skoro zatem wymaganego rachunku nie złożono, wskazane wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego nie mogło zostać zasądzone.

Przewodniczący: